

## ESTUDOS CRIMINAIS

Prof. Pedro Coelho

<https://profpedrocoelho.com.br/>

Instagram: @profpedrocoelhodpu

Youtube: Professor Pedro Coelho

Telegram: <https://t.me/profpedrocoelho>

### DESTAQUES CRIMINAIS 2023 STF e STJ

1. **É possível a antecipação de provas para a oitiva de testemunhas policiais (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.995.527-SE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 19/12/2022.**

**Súmula 455 do STJ** - A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

É possível a antecipação de provas para a oitiva de testemunhas policiais, dado que, pela natureza dessa atividade profissional, diariamente em contato com fatos delituosos semelhantes, o decurso do tempo traz efetivo risco de perecimento da prova testemunhal por esquecimento (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.995.527-SE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 19/12/2022).

### IMPORTANTE E NOVA DISTINÇÃO PELO STJ!

É justificável a antecipação de prova no caso de DEPOIMENTO ESPECIAL DE ADOLESCENTE VÍTIMA DE CRIME SEXUAL, pela relevância da palavra da vítima em crimes dessa natureza e na sua urgência pela falibilidade da memória de crianças e adolescentes (STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 160.012/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 6/3/2023).

2. **Se o reconhecimento fotográfico realizado na fase judicial não observou os procedimentos previstos no art. 226 do CPP, constitui ele prova ilícita, que não se presta para dar suporte à condenação (STJ, 6ª Turma, REsp 1.996.268-GO, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/4/2023).**

É ilícita a prova obtida por meio de reconhecimento fotográfico judicial que não observou o art. 226 do CPP, sendo devida a absolvição quando as provas remanescentes são tão-somente a confissão extrajudicial, integralmente retratada em Juízo, e a apreensão de um dos bens subtraídos, meses após os fatos, efetivada no curso das investigações, o qual estava com um dos Acusados que não foi reconhecido por nenhuma das vítimas.

3. **Mesmo com a expedição de carta precatória, que não suspende a instrução criminal, o interrogatório deve ser o último ato, não podendo ser realizado antes da oitiva das testemunhas (STJ, 3ª Seção, REsp 1.933.759-PR e 1.946.472-PR, Rel. Min.**

Messod Azulay Neto, julgado em 13/9/2023 - RECURSO REPETITIVO – TEMA 1114).

(...) I - Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo. II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, coloca-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa. III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, **significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.** IV - Na moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, somente se mostra possível a referida influência quando a resposta da defesa se embasar no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar a observância ao devido processo legal na sua face do contraditório. (...) VI - No caso concreto, observa-se que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República. (...) **VIII - Tese jurídica: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu" (...)** (REsp n. 1.933.759/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023).

**4. CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA (ART. 288-A) - Somente configura o crime de constituição de milícia privada se a atuação do grupo criminoso se restringe aos delitos previstos no Código Penal (STJ, 5ª Turma, REsp 1.986.629-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 8/8/2023).**

**4.1. Dispositivo Legal:**

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de **PRATICAR QUALQUER DOS CRIMES PREVISTOS NESTE CÓDIGO**: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. [\(Incluído dada pela Lei nº 12.720, de 2012\)](#)

## 4.2. Decisão do STJ – legalidade estrita.

Comete o crime de constituição de milícia privada quem “*Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código.*” (art. 288-A do CP). Percebe-se, pela interpretação literal da norma acima descrita, que o delito previsto no art. 288-A, do CP somente se consuma se ficar comprovado que a milícia tinha a finalidade de praticar crimes previstos exclusivamente no Código Penal. **Assim, não há que se falar em constituição de milícia se o grupo foi constituído com a finalidade de praticar crimes previstos na legislação extravagante (ex: tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo etc) (STJ, 5ª Turma, REsp 1.986.629-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 8/8/2023 - Info 788).**

## 5. Divergência STF e STJ???? MUITO CUIDADO AQUI!

### 5.1. STJ – 3ª Seção!

Com laudo toxicológico definitivo ou, de forma excepcionalíssima, com laudo de constatação provisório, É NECESSÁRIO QUE SEJAM APREENDIDAS DROGAS. Em outros termos, para a condenação de alguém pela prática do crime de tráfico de drogas, é necessária a apreensão de drogas e a consequente elaboração ao menos de laudo preliminar, sob pena de se impor a absolvição do réu, por ausência de provas acerca da materialidade do delito. NEM MESMO EM SITUAÇÃO EXCEPCIONAL, a prova testemunhal ou a confissão do acusado, por exemplo, poderiam ser reputadas como elementos probatórios aptos a suprir a ausência do laudo toxicológico, seja ele definitivo, seja ele provisório assinado por perito e com o mesmo grau de certeza presente em um laudo definitivo. **A caracterização do crime de tráfico de drogas prescinde de apreensão de droga em poder de cada um dos acusados; basta que, evidenciado o liame subjetivo entre os agentes, haja a apreensão de drogas com apenas um deles para que esteja evidenciada, ao menos em tese, a prática do delito em questão.** Assim, a mera ausência de apreensão de drogas na posse direta do agente não afasta a materialidade do delito de tráfico quando estiver delineada a sua ligação com outros integrantes da mesma organização criminosa que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito. Na hipótese dos autos, embora os depoimentos testemunhais e as provas oriundas das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas tenham evidenciado que a paciente e os demais corréus supostamente adquiriam, vendiam e ofereciam “drogas” a terceiros – tais como maconha, cocaína e crack –, não há como subsistir a condenação pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, se, em nenhum momento, houve a apreensão de qualquer substância entorpecente, seja em poder dela, seja em poder dos corréus ou de terceiros não identificados. Apesar das diversas diligências empreendidas pela acusação, que envolveram o monitoramento dos acusados, a realização de interceptações telefônicas, a oitiva de testemunhas (depoimentos de policiais) etc., não houve a apreensão de droga, pressuposto da materialidade delitiva. **Assim, mesmo sendo possível extrair dos autos diversas tratativas de comercialização de entorpecentes pelos acusados,**

essas provas podem caracterizar o crime de associação para o tráfico de drogas, mas não o delito de tráfico em si. Uma vez que houve clara violação da regra probatória inerente ao princípio da presunção de inocência, não há como subsistir a condenação da acusada no tocante ao referido delito, por ausência de provas acerca da materialidade (STJ, HC 686.312, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, julgado em 12.04.2023).

## 5.2. ATENÇÃO À 2ª TURMA DO STF!

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Grupo estruturado para o exercício do tráfico de drogas. **A ausência de apreensão da droga não é causa de absolvição por ausência de materialidade.** Precedentes. **3. A materialidade do crime previsto no artigo 33 da Lei de Drogas pode ser atestada por outros elementos de prova.** 4. Agravo improvido (HC 234725 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 24-01-2024 PUBLIC 25-01-2024).

**Gilmar Mendes (Relator):** A condenação deve ser mantida, ainda que nenhuma substância haja sido apreendida com quem quer que seja, porquanto presentes outros elementos de prova. O fato de nenhum integrante do grupo criminoso ter sido preso com o psicotrópico não conduz à absolvição, exatamente porque é circunstância que se amolda ao entendimento da Corte, no sentido de que a apreensão da droga é dispensável.

### Obs.1: Composição do julgamento:

**DECISÃO:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo agravante, o Dr. Marcelo Flávio Tigre Barreto. Segunda Turma, Sessão Virtual de 8.12.2023 a 18.12.2023. **COMPOSIÇÃO:** Ministros Dias Toffoli (Presidente), Gilmar Mendes, Edson Fachin, Nunes Marques e André Mendonça.

**6. Não é possível a majoração da pena-base pelo fato de o réu ter mentido no interrogatório, imputando a prática do crime a terceiro (STJ, 6ª Turma, HC 834.126-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 5/9/2023).**

(...) 1. O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, "*a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês*" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486). 2. Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório. **3. Não é adequado admitir que haja, propriamente, um "direito de mentir".** A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica - não absoluta - em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015). **4. Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira**

**ou outras formas de encobrir a verdade.** É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa"). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o nemo tenetur se detegere é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio. **5. De todo modo, ainda que o falseamento da verdade eventualmente possa - a depender do caso e se cabalmente comprovado - justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado.** 6. O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensioná-la pelo nível de intensidade da reprovação penal e expor sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Trata-se de aferir o grau de reprovabilidade do fato criminoso praticado pelo réu. 7. No caso dos autos, de acordo com a sentença, a culpabilidade do acusado foi valorada negativamente sob o argumento de que ele "tentou se furtar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho J.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia. (...) 15. O que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois (no caso, o crime foi praticado em maio de 2013 e o interrogatório do réu ocorreu em agosto de 2019, mais de 6 anos depois) (...) (HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023).

**7. No crime de descaminho, a majorante prevista no art. 334, § 3º, do CP DEVE SER APLICADA MESMO QUE O TRANSPORTE SEJA FEITO EM UM VOO REGULAR** (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 2.197.959-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023).

## 2.1. Tipo Penal:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (...) 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. ([Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014](#))

## 2.2. Entendimento também da 6ª Turma:

(...) 3. A causa de aumento do descaminho tipificada no § 3º do art. 334 do CP incide independente de se tratar de voo regular ou clandestino, pois, nesse dispositivo, apenas consta que "a pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial". Assim, quando a lei não faz qualquer

distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. (...) (AgRg no REsp n. 1.810.491/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, REPDJe de 12/11/2020, DJe de 03/11/2020).

## 2.3. E no STF? Será mesmo que há divergência?

(...) O artigo 334, § 3º, do Código Penal – redação anterior à Lei nº 13.008/2014 –, ao versar o aumento da sanção nos casos de descaminho praticado em transporte aéreo, não distingue os casos de voos clandestinos ou regulares (HC 169846, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019).

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Majorante prevista no § 3º do art. 334 do Código Penal. Descaminho praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. Necessidade de clandestinidade. Desvalor da ação para justificar o aumento da pena. Proporcionalidade. Interpretação pro reo. Precedente (HC 162553 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Red. Ac. Min. Gilmar Mendes, j. 14.9.2021). Ordem concedida (HC 147725 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2021 PUBLIC 10-11-2021). **EMPATE NA VOTAÇÃO.**

**8. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO - Para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), não é indispensável a restrição da liberdade das vítimas (STJ, 5ª Turma, REsp 1.969.868-MT, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/9/2023 - Info 787).**

O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única. O art. 149 do CP prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho. Assim, a efetiva restrição de liberdade das vítimas é prescindível para a configuração do crime de redução a condição análoga à de escravo (STJ, 5ª Turma, REsp 1.969.868-MT, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/9/2023).

**9. É cabível a redução do art. 115 do CP se, entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos, o réu atinge idade superior a 70 anos (6ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.877.388-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/5/2023 - Informativo 773 do STJ).**

### 4.1. Dispositivo Legal.

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

### 4.2. Análise do caso no STJ:

# ESTUDOS CRIMINAIS

(...) 2. No caso em tela, não se faz presente nenhum dos citados defeitos; é que, conforme consignado na decisão embargada, esta Corte Superior entende que, "por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos, situação jurídica que não se apresenta no caso" (AgRg no AREsp n. 1.420.867/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022). 3. Os precedentes citados pelo embargante relacionam-se com casos em que foram opostos embargos de declaração contra a sentença condenatória, e entre a sentença condenatória e o julgamento dos embargos o réu atingiu a idade superior à 70 anos. **Em tais casos, é possível aplicar o art. 115 do Código Penal tendo em vista que a decisão que julga os embargos integra a própria sentença condenatória, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que nem sequer foram opostos embargos de declaração contra a sentença condenatória.** 4. Ademais, é irrelevante o fato de o Tribunal ter mantido ou modificado a pena do réu, tendo em vista que o Código Penal é expresso em determinar que a aferição da idade deve ser feita na data da sentença condenatória (6ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.877.388-CE, Rel. Min.. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2/5/2023).